



**SEMINAR HUKUM ISLAM SEMASA
PERINGKAT KEBANGSAAN
17 - 18 JUN 1997**

KERTAS KERJA SOKONGAN

***INTELEKTUALISME DALAM PEMBINAAN
HUKUM DI MALAYSIA: PEMBINAAN
TEORI FIQH ATAU PENERUSAN
AJARAN TAQLID? (RUJUKAN
KEPADA MUAMALAH ISLAM)***

OLEH

DR. AHMAD HIDAYAT BUANG

**ANJURAN
JABATAN FIQH DAN USUL
AKADEMI PENGAJIAN ISLAM
UNIVERSITI MALAYA**

Intelektualisme Dalam Pembinaan Hukum di Malaysia: Pembinaan Teori Fiqh atau Penerusan Ajaran Taqlid? (Rujukan kepada Muamalah Islam).

Oleh: Ahmad Hidayat Buang
Jabatan Syariah dan Undang-undang
Akademi Pengajian Islam, Universiti Malaya

1. Pendahuluan.

Sejak perbankan Islam di tubuhkan di Malaysia pada tahun 1983, ulama dan ilmunan Islam di Malaysia telah diberikan peranan untuk berkecimpung dalam bidang kewangan, perbankan dan komersil. Ini merupakan satu langkah yang tepat pada masanya kerana ajaran Islam amnya dan fiqh khususnya mempunyai perbincangan khusus mengenai aspek-aspek di atas. Ditambah pula dari pengalaman sejarah menunjukkan bahawa agama Islam itu berkembang di banyak tempat, termasuk Alam Nusantara ini, melalui perniagaan dan perdagangan. Begitu juga kota-kota terkenal dalam sejarah Islam seperti Baghdad, Kufah, Basrah, Iskandariah, Qayrawan dan banyak lagi merupakan pusat-pusat perniagaan.¹ Oleh yang demikian dari segi tradisi dan warisan kebudayaan ilmu dan intelektual serta pengalaman, agama Islam dan fiqhnya mampu memberi jawapan kepada masalah-masalah kewangan, perniagaan dan perbankan moden.

Namun begitu jawapan-jawapan yang hendak diperjelaskan itu bagaimanakah bentuknya? Apakah terus menerus menggunakan model yang lama atau perlu diadakan satu pengubahsuaian supaya selaras dengan tuntutan masa dan keadaan. Maka di persimpangan ini kita mendapati ulama dan ilmunan Islam tanah air sejumlah besar dari mereka masih menceduk dari fatwa-fatwa silam dalam memberi penjelasan terhadap permasalahan baru. Cara atau kaedah ini tidak ada salah atau cacatnya jika fatwa-fatwa itu dianggap fatwa dan tidak akan kekal sifatnya jika terdapat alasan yang lebih kukuh untuk meninggalkan fatwa itu. Apatah lagi jika fatwa tersebut mampu memberi penyelesaian secara konkrit dan komprehensif kepada persoalan yang dipertimbangkan. Namun begitu jika fatwa-fatwa tersebut dianggap melebihi sebagai fatwa biasa yang tidak boleh digugat dengan pelbagai alasan yang *naïve* seperti ulama-ulama sekarang tidak layak untuk berijtihad disebabkan kekurangan dari sudut ilmu jika berbanding dengan ulama-ulama dahulu, maka keadaan ini boleh menyebabkan perkembangan fiqh Islam itu terhadang.

Sikap ulama dan ilmunan Islam di Malaysia dalam mengembangkan fiqh muamalah dalam urusan perbankan di Malaysia secara realitinya berada di pertengahan simpang: tidak seratus peratus liberalisasi pemikiran dalam membina teori dan tidak juga seratus peratus meniru dan mengambil secara terus menerus dari sumber dan

¹ Lihat secara umum Adam Mez, *The Renaissance of Islam*, Delhi, 1979 (ulang cetak), hh.47ff.

khazanah fiqh secara *verbatim*. Bahkan pendekatan yang diambil oleh mereka pada dasarnya memegang kepada fatwa silam tetapi dengan tombok-tambah di sana-sini untuk menyesuaikan fatwa tersebut dengan kehendak masa dan keadaan. Atau dengan lain perkataan fatwa yang diberikan oleh mereka masih dalam kerangka fiqh tradisi tetapi disuntik dengan penambahan-penambahan sebagai justifikasi bahkan kadang-kadang kompromi kepada tuntutan masa dan keadaan.

Dari aspek jurispunden perundangan Islam cara berfikir seperti di atas walaupun telah menghasilkan satu bentuk amalan perbankan dan kewangan yang dikatakan selaras dengan ajaran Islam tetapi pada saat yang sama menyebabkan teori-teori fiqh yang menyentuh dasar-dasar muamalah tidak konsisten. Ini adalah kerana penambahan-penambahan yang dilakukan akan menyebabkan tujuan-tujuan akad tersebut terpesong. Begitu juga penggunaan beberapa bentuk akad yang kontroversi dalam perundangan Islam kerana hendak menyesuaikan dengan falsafah membuat untung pemiagaan dan perbankan moden. Hasilnya penggunaan akad-akad muamalah tersebut merupakan satu tempelan ke atas falsafah dan tujuan yang tidak selaras dengan tujuan asal akad-akad itu. Tujuan kertas ini akan akan membahaskan aspek-aspek di atas dan cuba menilai sejauhmanakah intelektualisme telah digunakan dalam aspek itu dan apakah masalah-masalahnya serta cuba memberi beberapa *insight* sebagai bahan untuk berbincang jika tidak pun sebagai bahan renungan.

2. Akad-akad Dalam Fiqh Muamalah dan Tujuan-tujuan Mereka.

Pembahasan akad-akad muamalah oleh kitab-kitab fiqh adalah secara *piece-meal* di mana tidak ada satu teori bersepadu diberikan. Bahkan definisi akad atau kontrak² tidak pernah diberikan sehinggalah semasa penggubalan Majallah al-Ahkam al-'Adliyyah (1867-77) yang menakrifkan akad sebagai "*iltizam al-muta'qidayn wa ta'ahudhuma amran wa huwa ibarat 'an irtibad al-ijab wa al-qabul*" (artikel 103). Perkataan *ijab* ditakrifkan sebagai *awwal al-kalam yasdur min ahad al-'aqidayn li ajl insya' al-tasarruf wa bihi wujib wa yuthbit al-tasarruf*" (artikel 101). Manakala *qabul* pula ditakrifkan sebagai "*thani al-kalam yasdur min ahad al-'aqidayn li ajl insya' al-tasarruf wa bihi yutimm al-'aqd*" (artikel 102). Jika diperhatikan definisi *ijab* dan *qabul* yang diberikan oleh Majallah adalah berbeza jika dibandingkan dengan apa yang diberikan oleh fiqh. Fiqh hanya memberi contoh bagaimana sesuatu *ijab* dan *qabul* itu dilakukan dengan sempurna. Imam Nawawi (w.676H.) sebagai contoh hanya menerangkan *ijab* itu sebagai : "*fa al-ijab ka qawl al-ba'i: bi'tuka hadha aw mallaktuka wa nahwihima min al-alfaz*" dan *qabul* sebagai : "*wa al-qabul ka qawl al-musyteri: qabiltu aw ibta'tu aw isytaraytu aw tamallaktu*".³ Ibn Qudamah (w.620H.) juga menerangkan *ijab* dan *qabul*

² M.E.Hamid, "Islamic Law of Contract or Contracts", *Journal of Islamic and Comparative Law* (Nigeria), volume 3, 1969, hh.1-10.

³ al-Nawawi, *al-Majmu'*, Dar al-Ihya' al-Turath al-'Arabi, t.t., hh.ix:194-5

sebagaimana Imam al-Nawawi.⁴ Tiada sebarang penerangan apakah yang dimaksudkan dengan *ijab* dan *qabul* secara teoritikal diberikan.

Penerangan yang sama juga boleh dikesan dalam penulisan yang lain seperti Imam Haskafi (w.1088H.) yang menerangkan *ijab* dan *qabul* sebagai "*huwa ma yadhkur awwalan min kalam ahad al-muta`aqidayn wa al-qabul ma yadhkur thaniyan min al-akhar sawa' kana bi'tu aw isytaraytu*".⁵ Penerangan ini lebih hampir kepada Majallah. Oleh yang demikian Majallah dapat dianggap sebagai penulisan tradisi yang pertama yang cuba untuk menerangkan secara teoritikal apa yang dimaksudkan dengan *ijab* dan *qabul* dan seterusnya cuba untuk menerangkan apakah itu akad.

Penulisan kitab fiqh dalam menerangkan kegiatan perekonomian seperti jual beli dan lain-lain secara teoritikal banyak menekan dari aspek etika, seperti menerangkan mengapa pentingnya sesuatu kegiatan mencari punca penghidupan atau *makasib* secara halal. Sebagai contoh al-Nawawi selepas menerangkan beberapa perkara berkenaan dengan akad jual beli membincangkan manakah yang lebih baik dalam usaha mata pencarian: perniagaan atau pertanian atau pertukangan? (*atyab al-makasib: al-tijarah? am al-zira`ah? am al-sun`ah?*).⁶ Penerangan ini dibuat secara umum dan menyeluruh kepada semua bentuk kegiatan perekonomian. Aspek-aspek formaliti seperti pembentukan akad dan rukun-rukunnya tidak diterangkan secara bersepadu tetapi dibuat secara berasingan ditopik-topik berkenaan seolah-olah seolah tidak ada perkaitan diantara rukun-rukun tersebut di antara akad-akad yang banyak itu. Kaedah mengembangkan aspek-aspek formaliti akad ini secara bersendirian ini telah memberi kesan kepada pembinaan teori kontrak Islam kerana boleh menyebabkan timbul satu kefahaman bahawa akad-akad yang sudah dikenali pasti oleh ulama-ulama silam itu telah sempurna dan tiada perlu kepada penambahan baru. Kefahaman ini semakin menebal dengan merebaknya ajaran taklid di kalangan umat Islam di mana fatwa ulama-ulama silam adalah kebal dan tidak boleh dicabar lagi. Sebagaimana kata mereka: "*alayna ittiba' ma rajjahu wa ma sahhahu*"⁷

Kaedah mengembang akad-akad dalam bentuk yang sebegini rupa mungkin berpunca dari metodologi mencari peruntukan langsung dari al-Quran dan al-Sunnah bagi setiap akad tersebut. Jika dilihat kepada akad-akad yang dibincangkan oleh kitab fiqh (lihat Lampiran 1) kesemuanya mempunyai peruntukan langsung dari nas sekurang-kurangnya dari al-Sunnah. Ulama-ulama fiqh juga

⁴ Ibn Qudamah, *al-Mughni*, Beirut: Dar al-Kutub al-`Ilmiyyah, 1994, h.iii:397.

⁵ al-Haskafi, *al-Dar al-Mukhtar Sharh Tanwir al-Absar*, (dipetik dari Ibn `Abidin, *Radd al-Muhtar `ala al-Dar al-Mukhtar*), Beirut: Dar al-Kutub al-`Ilmiyyah, 1994, h.vii:17.

⁶ al-Nawawi, *al-Majmu'*, hh.ix:174ff.

⁷ Di petik dari Count Léon Ostrorog, *The Angora Reform*, London, 1927, pp.27-8.

menganggap bahawa peruntukan al-Quran dan al-Sunnah merupakan asas yang berdiri dengan sendiri dan bukan cabang kepada hukum asas yang lain. Sebagai contoh Ibn al-Qayyim tidak menganggap keharusan jual *salam* itu sebagai satu bentuk pengecualian dari hukum asal iaitu tidak sah jual beli barangan yang tidak wujud atau sebagai satu hukum yang bersalahan dengan kaedah *qiyas*. Beliau beranggapan hukum jual beli *salam* itu adalah hukum asas yang berpunca dari al-Sunnah dan beranggapan pendapat yang menyatakan jual *salam* bersalahan dengan *qiyas* seburuk-buruk *qiyas* (*afsad al-qiyas suratan wa ma'nan*).⁸ Oleh itu persoalan jual *salam* hendaklah dibincangkan secara bersendirian dan terpisah dari bab jual beli secara umum. Oleh kerana kesemua akad-akad ini telah ditentukan oleh nas-nas syarak maka ianya dikenali secara kolektif sebagai akad-akad penama - *'uqud musammāt* atau *'uqud mu'ayyanah* (nominate contracts).

Namun begitu dari masa ke semasa beberapa bentuk akad baru dimasukkan dalam senarai akad-akad penama tadi. Akad-akad baru ini tidaklah dianggap sebagai mempunyai taraf yang sama dengan akad-akad penama tadi kerana mereka terbit bukan dari nas tapi dari kaedah-kaedah fiqh dan usul fiqh seperti *qiyas*, *istihsan*, *maslahah* dan *'urf* atau *'adah* bahkan kadang-kadang terbit berdasarkan kerana *darurat* atau *darar*. Tidak pernah ada cubaan untuk menerbitkan akad-akad baru secara original yang merujuk langsung kepada nas-nas utama Syariah. Oleh itu akad-akad yang baru ini selalunya akan dimasukkan di bawah tajuk besar akad-akad penama. Sebagai contoh kontrak *istisna'* dimasukkan di bawah akad jual beli, *suftajah* di bawah *hawalah* dan *dukhul al-hamam* di bawah *ijarah*. Pengenalan akad-akad ini adalah satu kompromi antara fiqh-juris dan amalan harian peniaga dan pedagang. Begitu juga kita mengetahui bahawa fiqh Hanafi dan Syafi'i mengiktiraf *hilah* (legal stratagems) dalam muamalah. Malah ulama-ulama mereka telah menulis beberapa kitab khusus mengenai *hilah* dalam jual beli seperti *Kitab al-Shurut* oleh Tahawi dan *Kitab al-Hiyal fi al-Fiqh* oleh Qazwini.⁹

Manakala mazhab Maliki sungguhpun tidak mengiktiraf *hiyal* menerima dokumen atau *watha'iq* sebagai bukti dalam urusaniaga walaupun bersalahan dengan dasar umum mazhab mereka dan banyak tulisan telah dibuat bagi menerangkan penggunaannya dalam perdagangan dan komersil seperti *Kitab al-La'iq li Mu'allim al-Watha'iq* oleh Ibn 'Ardun. Kaedah-kaedah sebegini sudah tentu tidak banyak memberi ruang kepada ulama-ulama untuk memikirkan akad-akad muamalah yang dinamik dan original sesuai dengan perkembangan masa dan tempat. Keadaan intelektual sebegini menerangkan mengapa perkembangan instrumen kewangan Islam masa kini semacam berada dalam keadaan *dead-lock* kerana terdapat beberapa persoalan yang tidak dapat dipecahkan kerana rukun-rukun akad penama menghalang - bukan kerana bertentangan dengan teori undang-undang kontrak Islam.

⁸ Ibn al-Qayyim, *I'lam al-Muqi'in*, Beirut: Dar al-Jayl, 1973, h.ii:19.

⁹ Lihat Jeanette A. Wakin, *The Function of Documents in Islamic Law: The Chapter on Sales from Tahawi's Kitab al-Shurut al-Kabir*, Albany, 1972.

Mungkin kerana pengaruh undang-undang Eropah beberapa cubaan telah dibuat untuk menghuraikan apakah terdapat teori bersepadu undang-undang kontrak Islam. Beberapa pendekatan telah dilakukan. Yang paling popular ialah dengan mengklasifikasikan akad-akad penama fiqh tradisi kepada tujuan-tujuan mengapa mereka diadakan. Pelbagai pandangan telah diberikan.¹⁰ Namun begitu secara ringkasnya kesemua akad-akad tersebut dapat dibahagikan kepada dua iaitu: tujuan pemilikan atau *tamlikat* dan bukan pemilikan (*ghayr tamlikat*). Tujuan-tujuan akad-akad bukan untuk pemilikan bermacam-macam dan dapat diringkaskan kepada lima iaitu: (1) perkongsian keuntungan seperti dalam akad perkongsian seperti *shirkah* dan *mudarabah*, (2) pertolongan seperti dalam akad pinjaman (*qard*), (3) agensi atau perwakilan dalam akad *wakalah*, (4) jaminan seperti dalam akad *kafalah* atau *daman* dan (5) amanah seperti dalam akad *wadi'ah*.

Sementara itu dalam akad-akad pemilikan terdapat pembahagian tentang cara atau bentuk pemilikan yang terbahagi kepada dua iaitu (1) pemilikan melalui tukaran atau dikenali sebagai *mu'awadat* (*commutative*) dan (2) pemilikan secara percuma *tabarru'* (*gratuitous*). Setakat pengetahuan saya pembahagian ini mula dibuat oleh seorang ulama Maliki, al-Qarafi (w.684H.). Walau bagaimanapun pembahagian beliau dibuat kepada semua bentuk akad dan oleh itu terdapat satu lagi tambahan iaitu akad yang mempunyai gabungan antara *mu'awadat* dan *tabarru'* iaitu akad perkahwinan.¹¹ Manakala seorang ulama Syafi'i bernama Zakaria al-Ansari (w.926H.) membahagikan akad kepada dua: (1) yang memberi kesan kepada penawar akad sahaja dan (2) yang memberi kesan kepada kedua-dua penawar dan penerima akad. Bahagian yang kedua ini dibahagikan pula kepada tiga iaitu: (1) yang mengikat kedua-dua pihak, (2) yang tidak mengikat kedua-dua pihak dan (3) yang mengikat sebelah pihak sahaja.¹² Idea-idea ini merupakan satu analisa secara teoritikal terhadap bentuk-bentuk akad-akad penama yang cuba untuk dibuat oleh ulama-ulama di atas. Sayangnya tidak terdapat sebarang usaha oleh ulama-ulama selepas mereka yang cuba untuk mengembangkan lagi idea-idea tersebut menjadi lebih kemas dan seterusnya menjadikan perbincangan dalam bentuk sedemikian sebagai satu trend dalam fiqh Islam.

Secara umumnya setiap akad seharusnya bebas dari tiga unsur seperti berikut: iaitu *batil*, *riba* dan *gharar* atau *maysir*. Jika sesuatu akad tersebut bersih dari unsur-unsur di atas maka ia adalah prima-facienya sah mengikut hukum syarak. Jika diperhatikan kesemua syarat-syarat yang dikenakan di atas akad-akad penama tersebut bertujuan untuk mengelakkan ketiga-tiga unsur di atas. Dan pemakaian ketiga unsur itu berbeza-beza dari satu akad kepada akad yang lain. Selalunya syarat-syarat pada akad bagi tujuan pemilikan yang bersifat *mu'awadat* adalah lebih ketat jika hendak dibandingkan dengan syarat-syarat pada akad-akad pemilikan secara *tabarru'* dan akad-akad bukan bertujuan pemilikan. Sebagai

¹⁰ Sebagai contoh lihat Mustafa Ahmad al-Zarqa', *al-Madkhal al-Fiqhi al-'Am: al-Fiqh al-Islami fi Thawbihi al-Jadid*, Dar al-Fikr, 1967-8, hh.567ff.

¹¹ al-Qarafi, *al-Furuq*, Mesir, 1346H., h.i:151.

¹² al-Ansari, *Tuhfat al-Tullab*, Mesir, 1921, hh.64-5.

contoh syarat dalam akad jual beli adalah lebih ketat jika hendak dibandingkan dengan syarat-syarat yang terdapat pada akad *hibah* atau *rahn*. Ini adalah kerana dalam akad-akad *mu'awadat* terdapat kepentingan kewangan dan mana kelonggaran pada syarat-syaratnya mungkin akan menyebabkan terabainya hak-hak pihak-pihak yang terlibat. Begitu juga syarat-syarat tersebut dapat dielakkan jika bentuk-bentuk akad-akad tersebut hanya sebagai pelengkap atau *secondary* dalam sesuatu perjanjian sebagaimana yang disebut oleh Imam Kasani (w.587H.): "*yasytarit li al-thabit maqsudan ma la yasytarit li al-thabit dimnan*".¹³

Teori akad fiqh muamalah seharusnya dibina mengikut kaedah di atas atau kaedah yang seumpama dengannya secara lebih bersepadu. Jika tidak akan menyebabkan pemakaian beberapa peruntukan hukum syarak terlalu rigid. Sebagai contoh peruntukan hukum syarak melarang elemen *gharar* di dalam kontrak atau akad. Oleh kerana tiadanya pembahagian akad-akad ini seperti pembahagian di atas telah menyebabkan pemakaiannya dibuat secara menyeluruh pada semua akad mengikut standard yang sama. Oleh yang demikian sebarang akad yang mempunyai unsur *gharar* dianggap tidak sah sungguhpun kewujudan *gharar* tidaklah memberi apa-apa kemudaratan kepada kesahihan akad tersebut yang dibina atas dasar sukarela.¹⁴ Pemakaian prinsip-prinsip hukum syarak dalam sesuatu akad haruslah melihat kepada tujuan-tujuannya dan dengan memahami apakah tujuan-tujuan larangan-larangan tersebut seperti mengelak dari penipuan, kezaliman, eksploitasi dan lain-lain. Sekiranya elemen-elemen ini dapat dielakkan maka sesuatu kontrak itu adalah sah kerana asal sesuatu itu adalah harus sehinggalah terdapat dalil yang melarangnya secara jelas.

3. Peranan Ulama Dalam Sistem Perbankan dan Kewangan Moden di Malaysia.

Dengan penubuhan Akta Bank Islam dan Akta Takaful ulama-ulama di Malaysia tiba-tiba menjadi orang yang paling mustahak dalam kegiatan perbankan dan kewangan Islam. Ini adalah kerana undang-undang negara menjadikan sesuatu yang wajib bagi setiap bank dan syarikat takaful untuk menubuh majlis penasihat Syariah bagi mengawasi perjalanan perniagaan bank dan syarikat mereka selaras dengan undang-undang Islam. Undang-undang negara juga memperuntukkan bahawa tiada sebarang lesen boleh dikeluarkan pada mana-mana Bank Islam atau syarikat Takaful jika (antaranya) Majlis Penasihat Syariah tidak ditubuhkan.¹⁵ Ini bermakna peranan ulama adalah syarat kepada penubuhan institusi kewangan Islam tersebut. Maka buat pertama kalinya dalam sejarah Malaysia ulama diambil menjadi penasihat kepada Bank! - sesuatu yang tidak pernah tergambar lima belas

¹³ al-Kasani, *Bada'i' Sana'i' fi Tartib al-Syara'i'*, Mesir, 1910, h.vi:58

¹⁴ Lihat artikel saya "Kebebasan Berkontrak Di Dalam Undang-undang Islam", *Jurnal Syariah*, Fakulti Syariah, Akademi Islam, Universiti Malaya, Jilid 1, Bilangan 2, Julai 1993, hh.253-7.

¹⁵ Seksyen 3(5) Akta Bank Islam 1983 dan seksyen 7(5) Akta Takaful 1984.

tahun yang lepas.

Ulama-ulama ini diambil sebagai penasihat adalah untuk memastikan bahawa perjalanan pemiagaan bank itu selaras dengan ajaran hukum syarak. Sesuatu yang harus diingati nasihat yang diminta ini bukannya yang bersifat umum seperti yang berlaku kepada mufti-mufti di Malaysia di mana semua aspek ajaran Islam bermula dari akidah kepada Syariah dan amalan penghidupan harian terpaksa dijawab oleh mereka. Ulama-ulama ini hanya diminta untuk menasihati perkara-perkara yang berkaitan dengan muamalah Islam sahaja. Tugas ini nampaknya mudah jika hendak dibandingkan dengan tugas mufti kerana sempitnya skop subjek yang diminta nasihat. Namun begitu hakikatnya ia lebih rumit dan berat dari tugas mufti kerana nasihat yang diberikan itu akan dilaksanakan secara praktikal dalam kegiatan perbankan dan kewangan. Oleh itu nasihat yang hendak diberi itu mestilah sesuatu yang bersifat praktikal dan ini merupakan satu cabaran kepada para ulama.

Di Malaysia pengajian Islam di peringkat Ijazah Dasar secara umumnya dapat dibahagikan kepada tiga iaitu Syariah, Usuluddin dan Bahasa Arab. Boleh dikatakan kesemua ulama di Malaysia pada masa kini lahir dari pembahagian pengajian ini. Ulama yang membuat pengkhususan di bidang Syariah adalah terlebih layak untuk menjadi penasihat Syariah di institusi-institusi kewangan kerana dalam pengajian Syariah terdapat aspek pengkajian muamalah secara spesifik di samping aspek-aspek lain seperti ibadat, munakahat, jinayat dan usul fiqh serta kaedah-hanya. Di peringkat pengajian ijazah lanjutan bidang-bidang pengajian dikhususkan lagi kepada fiqh dalam aspek-aspeknya seperti perundangan, siyasah syar'iyah, ekonomi Islam, dan Usul al-Fiqh. Seorang penasihat itu seharusnya mempunyai kelulusan yang lebih tinggi sekurang-kurangnya ijazah sarjana atau master. Oleh yang demikian sebaiknya-sebaiknya seorang penasihat Syariah itu yang mempunyai kelayakan ijazah tinggi yang membuat pengkhususan di bidang muamalat atau ekonomi atau Usul al-Fiqh sebagaimana yang dicadangkan oleh sesetengah pihak.¹⁶

Jika diperhatikan kebanyakan penasihat-penasihat Syariah di institusi kewangan dan perbankan di Malaysia bukanlah terdiri dari mereka yang mempunyai pengkhususan dalam bidang ekonomi atau muamalat atau Usul al-Fiqh. Kekurangan dari segi ini boleh memberi kesan kepada perkembangan kewangan Islam kerana penasihat-penasihat tersebut terpaksa memerah tenaga mereka untuk memahami konsep-konsep dan ditil-ditil muamalah Islam yang mereka perolehi hanya di peringkat ijazah dasar. Ini juga menerangkan betapa kurangnya bahan bacaan dan penulisan yang dihasilkan dalam aspek perbankan dan kewangan Islam terutama dalam bahasa kebangsaan sungguhpun institusi kewangan Islam di Malaysia sudah berumur hampir 15 tahun jika hendak dibandingkan dengan jumlah tulisan yang dihasilkan oleh penulis-penulis luar dalam bidang tersebut. Adalah sesuatu yang baik dan bermanfaat sekiranya pandangan-pandangan yang

¹⁶ Azmi Omar, "Islamic Investment Instruments and Its Prospects for Growth", *National Conference On Islamic Banking and Investment*, Kuala Lumpur, 19-20 November, 1996, h.7.

diberikan oleh penasihat-penasihat Syariah itu dapat dibukukan dan disebarikan bagi penyelidik-penyelidik yang membuat kajian dan seterusnya sebagai bacaan umum masyarakat dan pihak-pihak yang berminat.

4. Bagaimana Akad-akad Muamalah Digunakan Dalam Aktiviti Kewangan Islam di Malaysia.

Berbeza dengan negara-negara Arab Timur Tengah pengenalan akad-akad muamalah di Malaysia dibuat di bidang kewangan dan perbankan. Perkhidmatan perbankan dan kewangan konvensional telah diubahsuai supaya selaras dengan ajaran Islam dengan memberikan perkhidmatan tersebut label-label Islam dan menjustifikasikan bahawa perkhidmatan perbankan dan kewangan konvensional yang diubahsuai tadi adalah berasaskan kepada akad-akad penama fiqh Islam. Oleh itu akaun simpanan dan semasa yang berasaskan faedah telah diubahsuai dengan menggunakan akad *wadi'ah*, akaun simpanan tetap yang juga berasaskan kepada faedah telah diubahsuai dengan menggunakan akad *mudharabah* dan perkhidmatan pinjaman baik bagi kegunaan pembelian aset/kenderaan/hartanah atau perniagaan/perdagangan telah juga diubahsuai dengan menggunakan akad *bay' bithaman ajil* atau *murabahah* atau *ijarah*. Dalam memperkenalkan pengubahsuaian ini seboleh-bolehnya instrumen yang baru itu mestilah secepat dan semudah instrumen konvensional dan yang paling mustahak memberi pulangan dan keuntungan yang setara jika tidak pun lebih daripada instrumen konvensional.

Keadaan sebegini berlaku kerana tujuan institusi-institusi kewangan Islam ini ditubuhkan adalah untuk mencari keuntungan dan menjaga kepentingan pelanggan dan pemegang saham syarikat atau apa yang diistilahkan sebagai dari sektor *tijari*. Sektor ini dikatakan berbeza dengan dua lagi dalam masyarakat Islam iaitu sektor *siyasi* dan *ijtima'i*.¹⁷ Mengikut pandangan ini soal-soal kebajikan dan perkhidmatan yang berisfat menolong adalah tanggungjawab sektor *siyasi* dan *ijtima'i* seperti kerajaan dan *baitulmal*. Manakala sektor *tijari* adalah sektor yang terlibat secara langsung dalam usaha membuat keuntungan *per se* terpisah dari nilai-nilai *ta'awun* dan *takaful*. Ini mungkin satu teori baru bagi menjustifikasikan apa yang dibuat oleh institusi perbankan Islam yang pada dasarnya menjalankan aktiviti sebagai *financial intermediaries* berlabelkan Islam. Ini adalah kerana pembahagian kepada *siyasi*, *tijari* dan *ijtima'i* tidak pernah digunakan oleh mana-mana ulama dahulu dan tidak mempunyai asas daripada sumber-sumber asasi Islam kerana pemuka teori ini tidak pernah memberi alasan atau dalil atau sekurang-kurangnya rujukan kepada hujahnya.

Oleh kerana itulah terdapat beberapa kritikan diberikan kerana penekanan yang dibuat oleh perbankan Islam terlalu menekankan kepada aspek-aspek keuntungan semata-mata. Kata seorang pakar kewangan: "The objective of an Islamic bank

¹⁷ Abd Halim Ismail, "Bank Islam Malaysia Berhad: Principles and Operations", dalam Sheik Ghazali Sheikd Abod et.al. (eds.), *An Introduction to Islamic Finance*, Kuala Lumpur, Quill Publishers, 1992, h.252-3

should not be profit maximisation irrespective of the means but rather maximisation of social benefit that is: (1) to provide credit to the poor who have the talent, expertise but cannot provide collateral to the conventional institutions, (2) to create harmony in society based on the Islamic concept of sharing and caring in order to achieve economic, financial and political stability in the country".¹⁸ Pengkritik-pengkritik selalu berkata: "there is more to Islamic banking than mere elimination of interest - it is a system which reflects the socio-economic values of Islam and not merely the elimination of *riba* i.e. a system Islamic in substance and not merely in form".¹⁹

Oleh kerana tujuan sektor tjari adalah untuk membuat keuntungan sebagaimana yang didakwa maka pengubahsuaian yang dibuat terhadap akad-akad muamalah bagi membolehkan instrumen konvensional dilaksanakan oleh perbankan Islam telah menyebabkan tujuan-tujuan asal akad-akad tersebut terpesong. Atau dengan kata lain penggunaan akad-akad tersebut tidak lagi beruhkan semangat asal akad-akad tersebut tetapi di"perguna"kan bagi mencapai matlamat sektor tjari tadi iaitu keuntungan. Sebagai contoh penggunaan akad *wadi'ah* dalam perkhidmatan akaun simpanan telah mengubah dasar akad tersebut iaitu amanah. Mengikut tujuan asal akad *wadi'ah* (sekurang-kurangnya dalam mazhab Syafi'i) ianya adalah satu bentuk amanah di mana tiada sebarang kerugian yang harus ditanggung jika berlaku sebarang kerosakan atau kemalangan yang tidak disengajakan berlaku terhadap barang yang disimpan (*al-wadi' amin la daman 'alayh bihasb al-asl wa innama yudman li 'arid min al-'awarid sawa' akanat al-wadi'ah bi ujrati am bi ghayr ujrati*).²⁰ Antara perkara-perkara yang boleh merubah akad *wadi'ah* dari amanah kepada jaminan atau damanah seperti berikut: perpindahan barang simpanan dari satu tempat ke tempat yang lain tanpa keperluan, diberikan barang itu kepada orang lain, penyimpan musafir bersama barang-barang yang disimpan itu, enggan menyerahkan barang selepas dituntut oleh tuan punya barang, cuai dalam penjagaan barang, mengambil manfaat dari barang yang disimpan, penyimpan tidak mematuhi syarat-syarat tuan punya barang.²¹

Ternyata bentuk simpanan yang dibuat oleh institusi perbankan Islam itu tidak sesuai dengan matlamat akad tersebut. Untuk menjustifikasikan masalah ini akad tersebut diubahsuaikan dan dikenali sebagai *wadi'ah yad damanah*. Apa yang lebih pelik lagi dalam perkhidmatan akaun simpanan yang berasaskan akad *wadi'ah* itu tadi penyimpan akan membayar saguhati kepada tuanpunya barang kerana menyimpan dengannya! Sepatutnya tuan punya barang yang akan membayar saguhati kepada penyimpan kerana perkhidmatan menyimpan barang (*al-wadi'*

¹⁸ Saad al-Harran, "Philosophical Mission of Islamic Banking", New Straits Times, 23.9.1993.

¹⁹ New Straits Times, 17.9.1993.

²⁰ al-Jaziri, *Kitab al-Fiqh 'ala al-Madhab al-Arba'ah*, Beirut: Dar al-Kitab al-Ilmiyyah, 1990, h.iii:232.

²¹ Ibid, hh.232-4.

amin la daman ... sawa' akanat al-wadi'ah bi ujrak am bi ghayr ujrak). Oleh itu nampaknya akad fiqh muamalah yang mudah itu telah menjadi berbelit-belit kerana kurangnya penelitian dibuat kepada aspek-aspek teori akad-akad fiqh muamalat.²² Apa yang mustahak ialah bagaimana ianya boleh digunakan bagi mencapai matlamat sektor tjari.

Penggunaan akad ini telah dikritik oleh beberapa sarjana undang-undang Islam sebagai tidak sesuai dan salah faham terhadap akad wadi'ah (*wa 'ala dhalika fa kull anwa' al-wada'i' fi al-masarif summiyat bighayr haqiqatiha, fa hiya laysat wadi'ah li'an al-bank la ya'khudhuha ka amanat yahtafizu bi 'ayniha li tarudd ila ashabiha wa innama yastahlikuha fi a'malihi wa yaltazim biradd al-mithl*).²³ Berdasarkan kepada penerangan ini bentuk akaun simpanan itu lebih sesuai dengan akad *qard* kerana sebagaimana yang dimaklumi bank akan menggunakan simpanan tersebut dan menjadi tanggungjawab bank memulangkan nilainya apabila dituntut oleh pelanggan. Ini sebenarnya adalah akad *qard*. Begitu juga pembayaran saguhati akan menjadi lebih logik kerana sebagai peminjam pihak bank bermurah hati membayar saguhati kepada pelanggan dan ini adalah *qard hasan* sebagaimana yang disyariatkan. Seterusnya akad *qard* ini selaras dengan konsep konvensional akaun simpanan di mana hubungan antara bank dan pelanggan adalah dianggap sebagai penghutang dan pemiutang.²⁴

Ulasan yang dibuat terhadap sektor tjari seperti di atas bukan bermakna Islam melarang keuntungan. Namun begitu keuntungan yang dibuat itu biarlah berasaskan kepada kaedah dan metodologi yang jelas bukan eksploitasi akad-akad fiqh muamalah bagi mengharuskan sesuatu yang tidak dibenarkan oleh syarak secara teknikal atau *hilah*. Pengenalan akad-akad tersebut haruslah berasaskan kepada realiti dan kehendak semasa ekonomi dan perdagangan di samping itu tidak melupakan asas-asas ajaran Islam dalam muamalah. Oleh yang demikian kefahaman terhadap realiti perniagaan dan sistem kewangan semasa adalah perlu. Begitu juga kefahaman kepada konsep dan asas-asas ajaran Islam dalam muamalah. Bukan setakat kefahaman terhadap teknik-teknik akad-akad penama muamalah Islam secara literal tanpa melihat kepada spirit dan ruh serta tujuan-tujuan akad tersebut.

Dengan kata lain pembentukan akad-akad kewangan Islam masa kini haruslah berasaskan kepada satu teori kontrak Islam yang jelas dan bukan hanya rujukan secara literal kepada akad-akad penama yang dikembangkan pada masa dahulu.

²² Lihat artikel saya "Pemasukan Syarat Di dalam 'Aqd", *Jurnal Syariah*, Fakulti Syariah, Akademi Islam, Universiti Malaya, Jilid 3, Bilangan 2, Julai 1995, h.268.

²³ 'Abd Sami' al-Misri, *al-Masraf al-Islami: 'Ilmiyyan wa 'Amaliyyan*, Kaherah: Maktabah Wahbah, 1988, h.39.

²⁴ Rosli Mahmood, *Undang-Undang dan Amalan Urusan Bank*, Shah Alam: BIROTEKS ITM, 1993, hh.17-8. Asas perhubungan ini diputuskan di dalam kes *Foley lawan Hill* (1848) 2 H.L. Cas 28.

Profesor Hashim Kamali sebagai contoh telah mencadangkan bahawa asas-asas kontrak di dalam Islam mengandungi perkara-perkara berikut:²⁵

i - Prinsip keharusan (*ibahah*). Ini bermaksud semua kegiatan dan transaksi adalah harus melainkan terdapatnya dalil yang secara terang melarang kegiatan itu.

ii - Mendapatkan kemudahan dan melepaskan dari kesusahan. Ini bermaksud tujuan ajaran Islam dalam kegiatan muamalah ialah untuk menyenangkan manusia dan menjaga masalah mereka serta menjauhkan dari kepayahan dan kesusahan.

iii - Konsep bebas untuk berkontrak atau *hurriyyah al-ta'aqud*. Ini bermaksud seseorang itu bebas menentukan bentuk-bentuk kontraknya selagi mana tidak melanggar mana-mana nas syarak yang jelas dan terang. Ini bermakna seseorang itu tidak semestinya bergantung kepada kontrak-kontrak penama untuk mencari jawapan terhadap sesuatu masalah.

iv - Muamalah adalah urusan yang berasaskan logik. Ia bukan perkara yang termasuk di bawah kategori ibadat yang mana tiada sebarang perubahan atau pindaan boleh berlaku. Oleh yang bermakna pengenalan sesuatu akad muamalah adalah bertujuan untuk mengatasi masalah manusia dan tidak seharusnya terikat kepada sistematika akad-akad penama.

v - Peranan *'urf* dan adat. Kesahihan sesuatu akad di dalam Islam itu juga merujuk kepada adat dan *'urf* atau kebiasaan. Mungkin sesuatu akad tersebut tidak sah mengikut kaedah *qiyas* kerana terdapat kekurangan syarat-syarat tertentu. Namun begitu kekurangan ini boleh diatasi dengan alasan kebiasaan dan adat atau *'urf* sebagaimana kata Majallah: *al-ma'ruf 'urfan ka al-masyrut syartan* (artikel 43), begitu juga *al-ma'ruf bayna al-tujjar ka al-masyrut baynahum* (artikel 44).

Sudah sampai masanya kaedah pengenalan instrumen-instrumen baru kewangan dan perbankan Islam diubah sesuai dengan cadangan di atas bagi mengatasi kebuntuan yang dikatakan berlaku dalam industri kewangan Islam terutama dalam pengenalan instrumen-instrumen Islam di pasaran modal Islam. Jika pun kita menerima teori sektor tijari sebagai sesuatu yang sah dalam Islam sebagai satu fenomena kepada perkembangan masyarakat manusia zaman kini, maka sudah tentulah kita tidak dapat untuk menggunakan lagi kaedah silam yang bergantung kepada akad-akad penama dalam memperkenalkan instrumen-instrumen baru. Dan dalam perkembangan akad-akad penama itu sendiripun kita mendapati terdapat perubahan-perubahan kepada asas-asas akad penama dengan pengenalan beberapa bentuk akad yang secara teorinya bercanggah dengan kaedah *qiyas*

²⁵ Mohammad Hashim Kamali, "The Shari'ah Perspective on Transactions Muamalat", *Seminar on Contemporary Dimensions in Islamic Financial System*, Kuala Lumpur, 12-13 April 1995.

tetapi diterima atas alasan *maslahah*, *istihsan*, *`urf* bahkan *darurat*.²⁶ Sebagai contoh akad *bay' al-istisna'* dan *bay' al-wafa'* dianggap sah oleh sebahagian ulama kerana alasan-alasan *maslahah* dan *darurat* sungguhpun kedua-duanya bercanggah dengan kaedah *qiyas*. Oleh yang demikian apa yang akan dilakukan mengikut saranan di atas bukanlah sesuatu yang terkeluar dari tradisi Islam tetapi sesuatu yang lazim dalam perkembangan undang-undang Islam sepanjang zaman.

5. Kesimpulan.

Keperluan hidup manusia itu berubah-ubah dari satu masa ke masa yang lain bahkan dari satu tempat ke tempat yang lain sungguhpun dalam satu masa yang sama. Ini terlebih lagi dalam aspek ekonomi dan perniagaan. Manakala Syariat Islam pula adalah dinamik dan lentur kepada kehendak dan perubahan manusia dan masa kerana memperuntukkan asas-asas perundangan sahaja dan membiarkan ditil-ditil perundangan tersebut dikembangkan mengikut kesesuaian-kesesuaian sebagaimana yang difikirkan perlu. Syeikh Muhammad al-Khudari Bek semasa membincangkan hukum-hukum muamalah di dalam al-Qur'an berkata: "*yurad bi al-mu'amalat jami' al-'uqud al-lati biha yatabadul al-nas manafi'ahum wa qad ta'rid laha al-Qur'an bi tariqat ijmaliiyyat wa qawa'id kulliiyyat tarikan tafsil dhalika li al-mujtahidin min al-ummah*".²⁷ Muamalat Islam dengan demikian tidak boleh dikatakan terkandung secara mutlak pada akad-akad penama bahkan sentiasa terbuka kepada perkembangan dan tafsiran-tafsiran baru berasaskan kepada keumuman nas-nas syarak dan realiti semasa.

Profesor Sanhuri dalam konteks ini semasa membincangkan larangan *gharar* menyatakan: "*wa la syakk fi an li taghayyur al-bi'ah wa al-'asr wa li tatawwur al-hadarah ta'siran kabiran fi tatbiq ma'ayir al-gharar. wa fi 'asrina hadha yanbaghi an yakun nazaruna ila al-gharar yantawi 'ala syay' min al-tasamuh, fa ma kana ghararan la yaghtafir fi al-'usur al-madiyyah yusbi al-'an ba'd tatawwur al-nuzum al-iqtisadiyyah min al-gharar al-yasir al-ladhi yaghtafir*".²⁸ Ini barangkali juga sesuai seperti yang diseru oleh YAB Timbalan Perdana Menteri bahawa institusi perbankan Islam tempatan perlu lebih inovatif dan bersedia mengenal pasti serta memperkenalkan beberapa instrumen baru asalkan dibolehkan oleh syarak. Beliau seterusnya menegaskan: "kita harus faham bahawa instrumen kewangan itu berubah dengan pantas dan kita kini baru di tahap sebagai memperkenalkan instrumen Islam sebagai reaksi kepada instrumen yang diperkenalkan oleh institusi-

²⁶ Lihat artikel saya "Penggunaan Prinsip-prinsip Darurah dan `Urf dalam Muamalat Islam", *Jurnal Syariah*, Bahagian Pengajian Syariah, Akademi Pengajian Islam, Universiti Malaya, Jilid 4, Bilangan 2, Julai 1996, hh.224-38.

²⁷ Muhammad al-Khudari Bek, *Tarikh al-Tasyri' al-Islami*, Mesir: al-Maktabah al-Tijariyyah al-Kubra, 1965 (cetakan ketujuh), h.92-3.

²⁸ `Abd al-Razzaq al-Sanhuri, *Masadir al-Haqq fi al-Fiqh al-Islami*, Kaherah, 1967, h.iii:51.

institusi lain".²⁹

Namun begitu saya percaya bahawa kaedah yang digunakan dalam memperkenalkan instrumen Islam pada akhirnya akan mengalami perubahan. Pada masa kini penasihat-penasihat Syariah di institusi kewangan dan perbankan Islam nampaknya mengutip fatwa dari mana sahaja asalkan terdapat sandaran dari mana-mana ulama atau kitab tanpa mengira mazhab lagi. Boleh dikatakan bentuk nasihat yang diberikan oleh mereka kepada pihak bank walaupun di bawah kerangka akad-akad penama sudah tidak lagi terikat dengan aliran mazhab yang tertentu. Ini sudah tentu langkah permulaan. Apabila kerangka akad-akad penama sudah habis digunakan maka rujukan kepada peruntukan umum nas-nas syarak dalam masalah muamalat akan dibuat bagi menjawab persoalan-persoalan semasa perbankan dan kewangan Islam.

Sebagai langkah persediaan adalah dicadangkan satu kumpulan kajian muamalat Islam yang terdiri dari pakar-pakar Syariah dan kewangan moden ditubuhkan. Badan dan kumpulan ini hendaklah bekerja sepenuh masa dan diletakkan di mana-mana institusi pengajian tinggi atau institusi penyelidikan yang sedia ada. Tugas badan ini ialah untuk mengkaji dan menyelidik bagaimana untuk membentuk satu teori bersepadu kontrak atau akad muamalat dapat dibentuk yang dapat digunakan secara liberal oleh institusi kewangan Islam di Malaysia semasa memperkenalkan produk-produk perniagaan mereka. Penubuhan badan atau kumpulan ini sesuai dengan saranan YAB Timbalan Perdana Menteri yang menyatakan: "dijangkakan dalam masa yang singkat kita harus dapat melatih tenaga kepakaran yang khusus dalam bidang ini supaya lebih dapat menyakinkan masyarakat pengguna. Ini boleh dilakukan jika kita mengambil sikap terbuka, tidak terlalu terkokong".³⁰ Akhirnya saya percaya jika ada kemahuan di situ sentiasa ada jalan. *Wabillahil Tawfiq wal Hidayah. Assalamu`alaykum wrt.*

²⁹ Utusan Malaysia, 17.12.1996.

³⁰ Ibid.

Lampiran Satu: Senarai Akad-akad Yang Dibincang oleh Kitab-kitab Fiqh.

1. *al-Bay'* (jual beli)
2. *al-Ijarah* (sewaan)
3. *al-Kafalah* (jaminan)
4. *al-Hawalah* (perpindahan hutang)
5. *al-Rahn* (gadaian)
6. *Bay' al-Wafa'* (jual-janji)
7. *al-Ida'* atau *al-Wadi'ah* (simpanan)
8. *al-I'arah* (pemilikan manfaat barangan qimi - lending/borrowing)
9. *al-Hibah* (pemilikan `ayn secara percuma)
10. *al-Qismah* (pembahagian harta)
11. *al-Syirkah* (perkongsian)
12. *al-Mudarabah* (perkongsian untung-rugi)
13. *al-Muzara'ah* (perkongsian hasil tanaman bijian)
14. *al-Musaqat* (perkongsian hasil tanaman - buah-buahan)
15. *al-Wakalah* (perwakilan atau agensi)
16. *al-Sulh* (persetujuan - reconciliation)
17. *al-Tahkim* (perwasitan - arbitration)
18. *al-Mukharajah* atau *al-Takharuj* (persetujuan melepaskan hak dalam pusaka setelah menerima habuan tertentu)
19. *al-Qard* (pemilikan manfaat barangan mithli - loan)
20. *al-Umra* dan *al-Rukba* (akad pemilikan manfaat secara percuma)
21. *al-Muwalat* (akad perwujudan wala' bagi tujuan pusaka dan pembayaran diyyat)
22. *al-Iqalah* (penamatan kontrak)
23. *al-Ziwaj* (perkahwinan)
24. *al-Wasiyyah* (wasiat)
25. *al-Isa'* (perwakilan selepas kematian dengan cara wasiat bagi menguruskan harta atau tanggungjawab - pentadbir pusaka atau wasiat)

(Dipetik dari Mustafa Ahmad Zarqa', *al-Madkhal al-Fiqhi al-'Am*, h.i:538. Namun begitu bukan semua kategori akad di atas dapat digolong dalam muamalat secara khusus sebagai kebalikan kepada hukum-hukum ibadat, perkahwinan dan jinayat. Maka akad perkahwinan, *al-muwalat* sebagai contohnya tidaklah dapat dikatakan sebagai satu bentuk akad tergolong di bawah bidang muamalat secara khusus).



SEMINAR HUKUM ISLAM SYARIAH
PEMBINAAN KEBANGSAAN
11 - 15 JUN 1987

KEDUA KEMBA SOAONGAN

PENGARAH KEMAJUAN ISLAM SYARIAH
PEMBINAAN KEBANGSAAN
HUKUM ISLAM SYARIAH
PEMBINAAN KEBANGSAAN

DR. ABU BAKAR, M.A.

DAFTAR
/ BAKAR 1987
DR. ABU BAKAR, M.A.
UNIVERSITI ALAM